

SELEZIONE DEL PROMOTORE E TUTELA GIURISDIZIONALE NEL *PROJECT FINANCING* A INIZIATIVA PRIVATA.

SOMMARIO: 1. Introduzione: la necessità di un approfondimento sull'art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016. – 2. Il *project financing* a iniziativa privata nella disciplina del d.lgs. n. 50/2016: le ragioni della riforma. – 3. L'articolazione della nuova procedura di valutazione della proposta di iniziativa privata. – 4. Le tempistiche della valutazione di fattibilità. In particolare, il *dies a quo* del termine di valutazione di fattibilità. – 5. Perentorietà del termine e conseguenze processuali della valutazione emessa oltre il termine. – 6. Rilettura dell'insegnamento dell'Adunanza Plenaria n. 1/2012 alla luce della procedura *ex art.* 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016. – 7. Il rito applicabile in caso di sindacato sulla selezione del promotore. – 8. Ampiezza del sindacato del giudice amministrativo. – 9. (Segue) Il sindacato sui vizi formali e procedurali. – 10. Autotutela amministrativa e *project financing*: le domande risarcitorie e indennitarie. – 11. Considerazioni conclusive.

1. Sin dalla sua introduzione nell'ordinamento italiano¹, il *project financing* a iniziativa privata ha posto numerose problematiche interpretative, in parte ancora irrisolte²,

¹ Il *project financing* a iniziativa privata ha fatto ingresso nel nostro ordinamento con l'art. 11 della l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. 'Merloni ter'), che ha inserito nella legge quadro sui lavori pubblici (l. 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. 'legge Merloni') gli articoli da 37-ter a 37-nonies.

² L'istituto in esame ha attratto un particolare interesse da parte della dottrina. Fra i contributi di taglio sistematico che maggiormente indagano i profili pubblicistici della finanza di progetto, si citano F. MERUSI, *Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto*, in AA.VV., *Scritti in memoria di P. de Vecchis*, Roma, 1999, 766; M. BALDI - G. DEMARZO, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2001; C.E. GALLO, *La finanza di progetto*, in R. VILLATA (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, 925; A. TAMAROWSKI, *Il project financing e opere pubbliche in Italia*, Milano, 2002; G. PASQUINI, *Il project financing*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 469; F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Il project financing*, in F. CARINGELLA - G. DE MARZO (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2003; A. VACCÀ - C. BESOSTRI, *Il project financing per le opere pubbliche*, Milano, 2003; G. DE MARZO - M. BALDI, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2004; G.F. FERRARI - F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004; G. MORBIDELLI (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, 2004; E. PICOZZA (a cura di), *La finanza di progetto con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, Torino, 2005; B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e opere pubbliche. Quali incentivi?*, Torino, 2006; S. SAMBRI, *Project financing, la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, Padova, 2006; M. ABBATEMARCO, F. RE CECCONI, *Il project financing nelle opere pubbliche*, Rimini, 2007; R. DIPACE, *Finanza di progetto*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, II, Torino, 2007, 1029; G. FIDONE - B. RAGANELLI, *Il partenariato pubblico privato e la finanza di progetto*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, 737; C. MALINCONICO, *Il project financing*, in M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Milano, 2008, 2610; F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli, 2009; G.F. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto: temi e prospettive*, Napoli, 2010; a cura degli stessi Autori, si veda anche il volume *Finanza di progetto e partenariato pubblico privato*, Napoli, 2015; C.E. GALLO, *Project e leasing*, in R. VILLATA - M. BERTOLISSI - V. DOMINICHELLI - G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 1639. Maggiormente concentrati sull'analisi delle novità normative periodicamente apportate dal legislatore al *project financing* sin dalla sua introduzione nell'ordinamento italiano sono gli scritti di S. AMOROSINO, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore*, in *Riv. giur. edilizia*, 1999, 63; L. GIAMPAOLINO - M.A. SANDULLI - G. STANCANELLI (a cura di), *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni-ter"*, Milano, 1999; F. CARINGELLA, *art. 37 bis*, in ID. (a cura di), *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, *Commentario*, Milano, 1999, 1260; M. PROTTO, *art. 37-quater*, in A. ANGELETTI (diretto da), *La riforma dei lavori pubblici, commentario*, Torino, 2000, tomo II, 774; L. CAMARDA, *Il project financing nella legge-quadro ed in prospettiva della legge obiettivo*,

specialmente con riferimento alla sua qualificazione giuridica³ e alla sua compatibilità sistemática con la normativa di derivazione europea in materia di contratti pubblici⁴.

Conseguenza diretta di tale incertezza⁵ è l'elevatissimo tasso di contenzioso⁶ che ha impegnato – e tuttora impegna – la magistratura amministrativa in un'ardua impresa

in *Nuova rass. legisl. dottr. giur.*, 2002, 2113; G.F. FERRARI, *Il project financing. I principi e le procedure, i vincoli e le libertà del diritto pubblico, nella vecchia e nella nuova normativa*, in *Urb. app.*, 2002, 131; G. GRECO, *Le recenti innovazioni sul project financing*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, II, 143; A. VIGNUDELLI, *La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2005, 3; M. RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urb. app.*, 2008, 1385; R. GRECO, *La natura giuridica delle procedure di project financing dopo il terzo decreto correttivo al codice degli appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it. Sui profili maggiormente attinenti all'analisi economico-giuridica del *project financing* quale forma di partenariato pubblico privato, si richiamano F. AMATUCCI, *Il project finance come strumento di partnership tra enti pubblici ed imprese private*, in R. DELLA LONGA, E. PINTUS, *I lavori pubblici e la riforma*, Milano, 2000, 87; ID., *Il project finance nelle aziende pubbliche*, Milano, 2003; D. SCANO, *Project financing. Società e impresa*, Milano, 2006; M. NICOLAI, *Finanza pubblica, autonomia finanziaria, vincoli di bilancio e strumenti di finanziamento*, Milano, 2009; N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 542; T. D'ONZA, *Il project financing, analisi giuridica, economico-finanziaria, tecnica, tributaria, bancaria, assicurativa*, Torino, 2012; W. TORTORELLA, *Partenariato pubblico privato e project financing*, Bologna, 2017.

³ Dal punto di vista civilistico, si fronteggiano due opposti orientamenti, l'uno volto a considerare il *project financing* come una complessa e unitaria fattispecie negoziale, fondata sul collegamento dei singoli contratti (G.L. RABITTI, *Project financing e collegamento contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1996, 243; G. IUDICA, *Finanza di progetto: la prospettiva di diritto civile*, in G.F. FERRARI - F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, cit., 7) e l'altro volto a valorizzare l'intimo collegamento sussistente fra le molteplici relazioni giuridiche ed economiche, di natura mista contrattuale ed associativa, che costituiscono l'ossatura negoziale del *project financing*, che dunque sarebbe qualificabile come un coeso ed interdipendente schema multicontrattuale (U. DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 495; C. PEZZI, *I profili civilistici del project financing*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 41). Anche la dottrina pubblicistica ha offerto diverse opzioni ricostruttive della figura in esame: valorizzato la poliedricità dell'istituto, il *project financing* è stato definito come un risultato raggiungibile con molteplici strumenti procedurali (R. DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2008, 11, 1225, 1231). D'altra parte, vi è chi, sottolineando i caratteri di unitarietà, preordinazione al medesimo risultato pubblicistico e assoggettamento ai principi dell'attività amministrativa del *project financing*, ha richiamato la categoria di 'operazione amministrativa' (F. FRACCHIA, *Finanza di progetto, i profili di diritto amministrativo*, in G.F. FERRARI - F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, cit., 57). Nel presente contributo si impiegherà il termine 'procedura' per indicare l'insieme di operazioni che portano, dalla ricezione della proposta del promotore, alla stipula del contratto, assumendo come pacifica la qualificazione dell'istituto in termini di "complesso procedimento volto all'affidamento di una concessione di lavori di carattere sostanzialmente unitario, anche se articolato in più fasi distinte". Cfr. G. FIDONE - B. RAGANELLI, *Il partenariato pubblico privato e la finanza di progetto*, cit., 749 e la giurisprudenza ivi richiamata.

⁴ Il problema si è posto soprattutto con riferimento al diritto di prelazione riconosciuto al promotore. Per un approfondimento sul punto, si rimanda a P. CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999; G. FIDONE - B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. «prelazione» del promotore*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 949; P. FAVA, "Diritto di prelazione" senza rispetto dei principi di evidenza pubblica?, nota a margine della sentenza Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287, in *Urb. app.*, 2006, 451; C. MALINCONICO, *Il Project financing*, cit.

⁵ Non vi è una nozione uniformemente accettata dell'istituto. Fra gli Autori che qualificano il *project financing* come particolare forma di finanziamento si citano, su tutti, P.K. NEVITT, *Project financing*, Bari, 1987, 13; U. DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, cit., 495; A. VERONELLI, voce *Project financing*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 2000, 594. Parla di "tecnica finanziaria" inoltre A. MIGLIORINI, *Project financing*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti*, II, Torino, 2004, 3. Pur incentrate sulla funzione economica dello strumento, sono più vicine a una prospettiva giuspubblicistica le definizioni di M. BALDI - G. DE MARZO, *Il project financing nei lavori pubblici*, cit., 2, i quali definiscono l'istituto in esame come "operazione finanziaria rivolta ad un investimento specifico per la creazione di un'opera pubblica o di interesse pubblico e/o la gestione di un servizio pubblico, su iniziativa di promotori o sponsor anche privati" e di

ricostruttiva delle posizioni giuridiche, sostanziali e processuali, dei soggetti coinvolti nella procedura – *in primis* del promotore del progetto, figura cardinale dell’iniziativa privata nella realizzazione di opere pubbliche⁷. Fra le questioni maggiormente sondate vi sono la diretta impugnabilità della dichiarazione di interesse pubblico della proposta⁸, l’estensione del sindacato del giudice amministrativo sulla valutazione della proposta presentata dal privato⁹, l’applicabilità delle garanzie procedurali previste dalla normativa sui contratti pubblici alla fase di selezione del promotore¹⁰ e la tutela dell’affidamento del promotore in caso di mancato esperimento della gara¹¹.

Non ha certamente giovato alla definizione di confini precisi e stabili della figura il susseguirsi di interventi normativi che ne hanno modificato nel tempo, anche profondamente, i connotati procedurali, da ultimo, con l’emanazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50¹². Tale

S. RODRIGUEZ, *I principi dell'evidenza pubblica e il project financing*, in *Giur. it.*, 2005, 623, che avvicina notevolmente la definizione di *project financing* a quella codicistica di concessione di lavori.

⁶ Si veda il documento redatto dal Ministero dell’Economia e delle Finanze in occasione dello 8th Annual Meeting of Senior PPP Officials, 23-24 Marzo 2015, OECD Conference Center, Paris, intitolato “A Focus on PPPs in Italy”, 2015, ove si afferma che “Frequent litigation creates a number of impediments to the efficient functioning of the PPP tool”, 33.

⁷ In verità, la dottrina civilistica sottolinea come il *project financing*, per come disciplinato nella normativa italiana, sia slegato dalla dimensione soggettiva, concentrandosi maggiormente sull’importanza del progetto stesso, che viene “sterilizzato”, ossia “isolato sia giuridicamente che economicamente dal patrimonio dei suoi promotori, attraverso la creazione della *project company* che (...) è la destinataria dei finanziamenti ed ha come oggetto sociale la realizzazione e la futura gestione delle opere”. Cfr. G. IUDICA, *Finanza di progetto: la prospettiva di diritto civile*, cit., 3. Qui la prospettiva soggettiva è sottolineata al fine di indagare le facoltà procedurali e sugli strumenti di tutela a disposizione dei soggetti coinvolti nella procedura di *project financing*.

⁸ È noto il dibattito giurisprudenziale che ha portato alla emanazione della sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 28 gennaio 2012, n. 1. Fra i numerosi commenti alla sentenza si citano quelli di G. MANFREDI, *Le conseguenze processuali del ruolo del promotore del project financing*, in *Urb. app.*, 2012, 540; A. NICODEMO, *Finanza di progetto: il Consiglio di Stato si pronuncia sull’immediata impugnabilità del provvedimento di scelta del promotore*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 821 e di M. PIGNATTI, *La legittimazione e l’interesse al ricorso in materia di finanza di progetto*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 830.

⁹ *Ex plurimis*, si vedano Tar Veneto, sez. I, 22 dicembre 2003, n. 6266; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 26 maggio 2004; Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287, con nota di G. PASQUINI, *Il project financing e la discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1112; Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741, con commento di M. ALLENA, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, in *Urb. app.*, 2009, 836.

¹⁰ L’argomento è stato trattato, fra l’altro, in Tar Lombardia, Milano, 22 giugno 2000, n. 2036; Tar Veneto, n. 6266/2003, cit.; Tar Sicilia, Palermo, 30 giugno 2004, n. 1358; Tar Puglia, Bari, 9 settembre 2004, n. 3877; Corte giust., 20 ottobre 2005, causa C-264/03; Tar Liguria, sez. II, 1 aprile 2005, n. 430.

¹¹ *Ex plurimis*, TAR Lazio, Latina, 28 febbraio 2013, n. 207; Id., 23 maggio 2013, n. 2838; Cons. Stato, sez. I, 6 maggio 2013, n. 2418; Id., sez. III, 30 luglio 2013, n. 4026; Id., 20 marzo 2014, n. 1365; Id., 26 giugno 2015, n. 3237; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 13 ottobre 2016, n. 23639; Tar Lazio, Roma, sez. II bis, 25 ottobre 2017, n. 10695; Tar Campania, Napoli, sez. I, 4 aprile 2017, n. 1803; Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2017, n. 1139; Id., 18 gennaio 2017, n. 207; Id., 11 gennaio 2018, n. 111; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 386; Tar Veneto, sez. I, 16 febbraio 2018, n. 184.

¹² Le novità apportate alla disciplina del *project financing* dal d.lgs. n. 50/2016 sono dettagliatamente analizzate in F. DE CRISTINA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Il partenariato pubblico-privato quale “archetipo generale”*, in *Urb. app.*, 2016, 436; F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Articolo 183 Finanza di progetto*, in *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, 2017, 757; P. GIAMMARRIA, *Art. 183 Finanza di progetto*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, II, Roma, 2017, 2623; C. GUCCIONE, *Partenariato pubblico privato e contraente generale*, in C. CONTESSA - D. CROCCO (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni. Il D.lgs 50/2016 commentato articolo per articolo*, Roma, 2017, 691; G. MULAZZI - M. ROVERSI MONACO, *La finanza di progetto alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Gion. dir. amm.*, 2017, 715; G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di*

continua evoluzione normativa, se da un lato “segnala e riflette la crescente importanza che l’ordinamento attribuisce all’istituto”¹³, dall’altro lato rischia di comprometterne la funzione primaria, ossia quella di attrarre investimenti privati per la realizzazione di opere di pubblico interesse¹⁴.

Va detto che la procedura, per quanto ricompresa dal legislatore “nell’ambito delle tecniche di realizzazione di opere ed infrastrutture nel nostro Paese”¹⁵, presenta un forte carattere di peculiarità rispetto alle altre modalità di affidamento dei contratti pubblici, consentendo a operatori privati di farsi promotori della realizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico non inserite nella programmazione triennale delle amministrazioni aggiudicatrici. In tal senso, l’interesse del legislatore, così come degli operatori economici¹⁶, verso il *project financing* a iniziativa privata deve essere letto “in parallelo all’altrettanto interessante e controversa espansione della funzione collaborativa del privato nella gestione della *res pubblica*”¹⁷, propria dei fenomeni di partenariato pubblico-privato¹⁸: si permette in tal modo alle amministrazioni pubbliche di rispondere alla crescente domanda di soddisfazione di interessi generali rimanendo entro stringenti vincoli di spesa.

La configurazione del *project financing* come speciale forma di affidamento di contratti di partenariato pubblico-privato rende particolarmente pressante l’esigenza di chiarezza circa l’ambito, le modalità, le tempistiche della valutazione che l’amministrazione deve compiere sulle proposte di iniziativa privata.

Come sarà meglio esaminato nei seguenti paragrafi, questa esigenza è stata uno dei motori ispiratori della riforma della procedura in parola compiuta con il d.lgs. n. 50/2016, che tuttavia non pare – almeno per il momento – aver ridotto le problematiche interpretative. Ne è

concessione. Il contraente generale, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, 193.

¹³ F. FRACCHIA, *Finanza di progetto, i profili di diritto amministrativo*, in G.F. FERRARI - F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, cit., 60.

¹⁴ Spiega C.E. GALLO in *Project e leasing*, cit., che “la finanza di progetto, nata nel mondo anglosassone, vuole rispondere all’esigenza di finanziare progetti di rilevantissimo importo economico che, proprio per tale natura, (...) debbono essere sostenuti da una pluralità di soggetti, i quali possano in vestire la loro attività o il loro denaro nell’iniziativa con la garanzia di non essere integralmente coinvolti con i propri patrimoni in questa opera”, 1640. È dunque chiara la funzione del *project financing* come strumento “che consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e si sostanzia in un’operazione di finanziamento di una particolare attività economica idonea ad assicurare una fonte di utili (*cash flows*) in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell’attività stessa”, Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847.

¹⁵ F. FRACCHIA, *Finanza di progetto, i profili di diritto amministrativo*, in G.F. FERRARI - F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, cit. 65.

¹⁶ Si legge, nel documento redatto dal Servizio Studio della Camera dei Deputati in Collaborazione con l’Autorità nazionale anticorruzione, intitolato “Il mercato dei contratti pubblici. Lavori, servizi e forniture nel periodo 2012-2016”, maggio 2017, che “Nel 2016 le concessioni di lavori, di cui fanno parte le concessioni di costruzione e gestione affidate con la formula della finanza di progetto ai sensi dell’art. 183 del d.lgs. 50/2016, le altre concessioni di costruzione e gestione e le concessioni di valorizzazione, sono 426 dell’importo di oltre 4 miliardi. Rispetto ai valori del 2015, il *trend* è positivo relativamente al numero (+11,2%)”.

¹⁷ R. LEONARDI, *La figura del promotore nel project financing*, in G.F. FERRARI - F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, cit., 123 ss. Ivi, l’Autore opportunamente nota che “Gli anni ’90 sono di certo emblematici sotto questo profilo e segnano una sorta di crisi del ruolo tradizionale dei poteri pubblici che lascia il passo all’avanzata del privato cittadino che in modi differenti tenta di penetrare in ambiti ad esso preclusi fino a non molto tempo addietro”, 130.

¹⁸ Si vedano in proposito G. FIDONE -B. RAGANELLI, *Il partenariato pubblico privato e la finanza di progetto*, cit., che qualificano esplicitamente il *project financing* come un modello di partenariato pubblico privato, 745.

una chiara testimonianza il cospicuo numero di pronunce giurisprudenziali che hanno interessato la figura nel corso degli anni 2017 e 2018, spesso su profili dubbi già presenti in vigenza della vecchia disciplina.

Nell'ottica di fornire un contributo all'individuazione di alcuni punti fermi sulla nuova articolazione della procedura delineata dall'art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 e sui connessi strumenti di tutela, si passeranno in rassegna alcune significative pronunce della giurisprudenza amministrativa in tema di *project financing* a iniziativa privata, concentrandosi sulla fase di selezione del promotore¹⁹. L'analisi sarà preceduta da una ricostruzione della procedura, per come delineata dall'art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016, che servirà per impostare i parametri interpretativi attraverso cui saranno lette le sentenze.

2. L'art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016²⁰ ricalca, in maniera pressoché identica, il dettato del previgente art. 153, comma 19 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Le modifiche apportate rispetto alla vecchia formulazione della norma sono, tuttavia, altamente rilevanti, in quanto dettagliano la scansione temporale della sequenza di attività che portano alla selezione del promotore e all'approvazione del progetto da porre a base di gara²¹. Secondo la nuova

¹⁹ Definita dal Cons. Stato, ad. plen., n. 1/2012 come “il cuore dell'intera procedura”.

²⁰ Si riproduce di seguito il testo dell'articolo 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016: “Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. (...) Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo 93, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apportale modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, è inserito negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9”.

²¹ Così Tar Marche, sez. I, 24 luglio 2018, n. 523.

disciplina, la proposta deve contenere un “progetto di fattibilità” e non più un progetto preliminare, coerentemente con il nuovo sviluppo della progettazione di opere pubbliche individuato agli artt. 23 e ss. del d.lgs. n. 50/2016. Inoltre, la valutazione compiuta dall’amministrazione sulla proposta, che prima aveva ad oggetto “il pubblico interesse della proposta” è ora scandita in due momenti successivi: la valutazione di fattibilità della proposta, che si deve concludere “entro il termine perentorio di tre mesi”, e l’approvazione della stessa, alla luce delle eventuali modifiche apportate dal proponente e di un eventuale confronto comparativo con altre proposte presentate.

Per comprendere le ragioni alla base della scelta legislativa compiuta è utile contestualizzare il *project financing* a iniziativa privata nell’ambito della disciplina sul partenariato-pubblico privato fornita dagli articoli 3, comma 1, lett. eee) e 181 del d.lgs. n. 50/2016 e dalle Linee guida dell’Autorità Nazionale Anticorruzione in tema di “Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”²².

La nuova normativa impone alle amministrazioni aggiudicatrici di svolgere un’attenta valutazione *ex ante* dei progetti e dei contratti proposti dagli operatori privati²³, soprattutto sotto il profilo della corretta allocazione dei rischi dell’operazione²⁴ e del c.d. *value for money*²⁵, al fine di rispondere alle preoccupazioni sollevate, sia a livello nazionale²⁶, sia a livello delle istituzioni europee²⁷, nei confronti di un atteggiamento superficiale nella valutazione di operazioni complesse e di lunga durata, quali quelle partenariali. Si è così inteso indurre le amministrazioni, che troppo spesso hanno valutato la convenienza di proposte di partenariato pubblico-privato sulla sola base dell’entità del finanziamento stanziato dal privato, a un approfondimento istruttorio circa i fondamentali aspetti tecnici, economici e giuridici della proposta, fra cui la scelta della forma giuridico-contrattuale dell’operazione partenariale rispetto alle alternative disponibili, la convenienza dello schema

²² ANAC, Deliberazione 28 marzo 2018, n. 318.

²³ Cfr. art. 181, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, che obbliga le amministrazioni che intendano affidare contratti di partenariato pubblico-privato a compiere una “adeguata istruttoria con riferimento all’analisi della domanda e dell’offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell’operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell’operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto”.

²⁴ Cfr. art. 180, commi 3 e 8 del d.lgs. n. 50/2016. In dottrina, il punto è stato approfondito, in particolare, da G. GRECO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1095 ss.; F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 2015, 743.

²⁵ L’analisi *value for money* “consiste nel confronto dei costi per l’amministrazione associati all’opzione tradizionale (chiamata *Public Sector Comparator* - PSC) con quelli relativi all’opzione di PPP. Nei termini del confronto vengono considerati anche i rischi del progetto (sia nella fase di costruzione che nella fase di gestione), in particolare quelli che potrebbero essere trasferiti all’operatore privato in caso di PPP”. V. VECCHI, *Le analisi economico-finanziarie per la valutazione e gestione di progetti in PPP*, in G. CARTEI - M. RICCHI, *Finanza di progetto e partenariato pubblico privato*, cit., 391.

²⁶ *Inter alia*, cfr. C. conti, sez. auton., 23 giugno 2017, n. 15; Id., deliberazione 16 settembre 2011, n. 49; Id., sez. contr., Lombardia, 20 novembre 2017, n. 320.

²⁷ Si fa riferimento, in particolare, alla Relazione n. 9/2018 della Corte dei Conti Europea intitolata “Partenariati pubblico-privato nell’UE: carenze diffuse e benefici limitati”, ove si raccomanda alla Commissione Europea di non promuovere un ricorso intenso e diffuso del partenariato pubblico privato fino a che non siano risolte le problematiche riscontrate in tema di scarsa competizione, impatto finanziario sulla spesa pubblica nel lungo periodo, scorretto riparto dei rischi e inadeguata valutazione preliminare delle operazioni di iniziativa privata.

economico in un'ottica di medio-lungo periodo, la consapevole distribuzione di rischi fra pubblico e privato e la disciplina contrattuale dei poteri di controllo in fase di gestione.

Ciò spiega l'aumentata complessità della procedura del *project financing* a iniziativa privata, la cui riforma – come si legge nel documento redatto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze per l'ottavo congresso annuale dei *Senior PPP Officials* organizzato dall'OCSE a Parigi nel marzo 2015 – è stata ispirata dall'intenzione di consentire alle amministrazioni di aggiudicare in maniera rapida i contratti di partenariato pubblico-privato, di valutare approfonditamente le proposte, anche sotto il profilo del c.d. *value for money* e di ridurre il contenzioso.

Tali direttrici si ritrovano espresse anche nella legge 28 gennaio 2016, n. 11 di delega all'implementazione delle direttive europee n. 23, 24 e 25 del 2014 sui contratti pubblici, ove la necessità di approfondimento istruttorio sui progetti di fattibilità presentati dagli operatori privati viene coniugata con l'ulteriore preoccupazione di porre a base di gara proposte economicamente fattibili e in grado, sulla base di una valutazione compiuta *ex ante*, di raggiungere il c.d. *financial close*²⁸: alla lettera tt) della legge citata si ritrova il seguente criterio direttivo: “al fine di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico privato, previsione espressa, previa indicazione dell'amministrazione competente, delle modalità e delle tempistiche per addivenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria”.

La riforma della procedura di *project financing* a iniziativa privata è stata attuata tramite la valorizzazione di un risalente orientamento espresso, già in vigore della l. n. 109/1994, dalla giurisprudenza²⁹ e dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, che scandiva la valutazione dell'amministrazione sulle proposte di *project financing* a iniziativa privata in due successive momenti, il primo di carattere tecnico, indirizzato “ad accertare l'idoneità della proposta sulla base di appositi parametri e successivamente sulla rispondenza della proposta al pubblico interesse” e il secondo “propriamente discrezionale in quanto riguarda la comparazione degli interessi al momento attuale”³⁰.

I vantaggi di tale articolata procedura sono stati efficacemente riassunti dal Tar Lazio, Roma che, in una recente pronuncia, ha affermato che l'art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 “non richiede più, con espressione se non generica, quantomeno astratta, una valutazione in termini di pubblico interesse della proposta di partenariato, ma qualifica in

²⁸ Nel documento redatto dallo EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE (EPEC), *Market Update. Review of the European Market in 2017*, marzo 2018 si legge che, nel 2017, le operazioni di partenariato pubblico-privato che hanno raggiunto il *financial close* in tutto il mercato europeo (EU-28, Paesi della *European Western Balkans* e Turchia) è stato di 42 (rispetto a 68 nel 2016), per un valore aggregato di 14,4 miliardi di euro.

²⁹ Si vedano, *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287, commentata da G. PASQUINI, *Il project financing e la discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1112; Tar Puglia, Bari, sez. I, 5 aprile 2006, n. 1117; Tar Campania, Napoli, 4 marzo 2004, n. 3130; Tar Puglia, Bari, sez. I, 9 settembre 2004, n. 3877; Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741, con commento di M. ALLENA, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, cit. Si segnala che un orientamento contrario a considerare la valutazione della proposta di *project financing* come una procedura bi-fasica era stato espresso dal Cons. St, sez. V, con sentenza 20 ottobre 2004, n. 6847, annotata da M. BALDI, *I requisiti del concessionario e le modalità di selezione del promotore*, in *Urb. app.*, 2005, 435.

³⁰ AVLP, determinazione 4 ottobre 2001, n. 20.

modo più specifico l'attività di cui è investita l'Amministrazione, richiedendosi un accertamento non tanto o non solo limitato alla rilevanza pubblicistica dell'iniziativa, che certamente pure deve sussistere, ma, penetrando sin da subito il dettaglio tecnico ed economico in cui è declinato il progetto, al fine di rilevarne la sua piena appetibilità per il mercato settoriale e, in definitiva, la sua realizzabilità, non solo in astratto, ma in concreto"³¹.

3. Nella nuova formulazione del d.lgs. n. 50/2016, la procedura di *project financing* a iniziativa privata è scandita dalle seguenti fasi: valutazione di fattibilità di ciascuna proposta presentata; approvazione della proposta da porre a base di gara, che contiene il progetto di fattibilità posto in programmazione³²; celebrazione della procedura di evidenza pubblica volta all'affidamento del contratto di partenariato pubblico-privato.

La gara non può essere celebrata senza un giudizio di convenienza del progetto rispetto alla c.d. 'opzione zero', una valutazione approfondita sulla coerenza con l'interesse pubblico e sulla fattibilità economica, tecnica e giuridica di tutte le proposte presentate, un confronto comparativo fra queste e altre forme più tradizionali di realizzazione delle opere pubbliche, tramite lo strumento del *public sector comparator* ex art. 181, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, l'inserimento del progetto di fattibilità, eventualmente modificato, negli strumenti di programmazione dell'amministrazione aggiudicatrice e l'approvazione del progetto di fattibilità "con le modalità previste per l'approvazione di progetti"³³.

Dal punto di vista temporale, è previsto che la valutazione della fattibilità delle proposte presentate debba concludersi "entro il termine perentorio di tre mesi"; per l'approvazione della proposta da porre a base di gara non è, invece, individuato alcun termine. Pare astrattamente possibile, seppure arduo, che l'approvazione della proposta di *project financing* coincida temporalmente con la sua dichiarazione di fattibilità, laddove si verificano contestualmente tutte le seguenti condizioni: (i) vi sia una sola proposta; (ii) l'amministrazione dichiari fattibile la proposta entro tre mesi dalla ricezione della stessa, senza necessità di modifiche, oppure avendo richiesto e valutato le modifiche alla proposta entro tre mesi dalla ricezione della stessa; (iii) il *public sector comparator* si concluda positivamente entro tre mesi dalla ricezione della proposta. In tal caso, si dovrà ritenere che l'amministrazione abbia esaurito tutti gli adempimenti istruttori richiesti per legge e abbia

³¹ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, sentenza 11 maggio 2017, n. 5702.

³² L'art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 utilizza i termini 'progetto' e 'proposta' in maniera fungibile, con riferimento sia alla possibilità di richiedere modifiche, sia all'atto di approvazione. Pare corretto ritenere, alla luce della descritta *ratio* della norma, che sia la facoltà di richiesta di modifiche, sia l'approvazione siano da riferire alla proposta nel suo complesso, inclusiva non solo del progetto di fattibilità ma anche della convenzione, del piano economico-finanziario e dei documenti allegati.

³³ Cfr. art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016. In proposito, va rilevato come la formulazione impiegata dal legislatore non sia particolarmente chiara, non richiamando esplicitamente le modalità di approvazione del progetto ex art. 27 del d.lgs. n. 50/2016 e la necessità di esperire la conferenza dei servizi sul progetto di fattibilità, ai sensi dell'art. 14-bis della l. n. 241/1990 (così come avveniva, invece, nella disciplina del previgente d.lgs. n. 163/2006, ove l'art. 153, comma 19 citava, a proposito di modalità di approvazione del progetto, l'art. 97 del medesimo testo normativo). Sembra dunque che il legislatore abbia inteso allentare le maglie della procedura di approvazione dei progetti di fattibilità, rilasciando alla discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici la gestione dell'approvazione dei diversi livelli di progettazione, secondo le norme alle stesse applicabili e nel rispetto dei principi di proporzionalità e non aggravio del procedimento.

esercitato la propria discrezionalità, insieme tecnica e amministrativa, per addivenire alla decisione di approvazione della proposta, entro il termine trimestrale indicato per legge³⁴.

In tutte le altre ipotesi, più consuete, la fase di valutazione di fattibilità delle proposte presentate sarà seguita dall'approvazione della proposta da porre a base di gara.³⁵

In sede di valutazione di fattibilità, l'amministrazione dovrà svolgere un primo giudizio sulla coerenza della proposta con l'interesse pubblico e con prestabiliti parametri tecnici, economici e giuridici. L'art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 non chiarisce – come invece faceva l'art. 154 del d.lgs. n. 163/2006³⁶ – quali siano i parametri sulla base dei quali debba essere effettuata l'analisi. Questa risulta, probabilmente, la lacuna più vistosa della nuova procedura di *project financing* a iniziativa privata congeniata dal legislatore, che ha vincolato le amministrazioni aggiudicatrici all'esperienza di un'approfondita istruttoria sulle proposte presentate, senza però fornire alle stesse alcuna indicazione sul contenuto dell'analisi di fattibilità e, dunque, rilasciando alle stesse il compito di individuarne i parametri. Questi dovranno essere ritrovati nella normativa applicabile – ivi inclusi gli atti di *soft regulation* di ANAC (*in primis*, le citate Linee Guida n. 9) – e negli atti al cui rispetto l'amministrazione aggiudicatrice si autovincoli e potranno riguardare, ad esempio, la tenuta economica del piano economico-finanziario, la coerenza del progetto di fattibilità con la normativa urbanistica e ambientale, l'entità del canone di disponibilità, il riparto dei rischi, i poteri di controllo dell'amministrazione in fase di esecuzione e gestione.

Al termine della suddetta disamina, l'amministrazione aggiudicatrice potrà, alternativamente, dichiarare la proposta fattibile o non fattibile³⁷. L'amministrazione potrà

³⁴ Anche in questi casi, si deve ritenere, alla luce del dettato normativo e della *ratio* ad esso sottesa di anticipazione dell'analisi sugli aspetti fondamentali del progetto da porre a base di gara, che i due atti (dichiarazione di fattibilità e approvazione della proposta) rimangano logicamente distinti e connessi da un rapporto di pregiudizialità, per cui, come si dirà meglio *infra*, la dichiarazione di fattibilità è un presupposto imprescindibile per l'approvazione della proposta.

³⁵ Alla luce della descritta articolazione procedimentale, pare non sempre applicabile l'affermazione che si ritrova nella sentenza n. 57702/2017 del Tar Lazio, Roma, secondo cui il punto di approdo della valutazione di fattibilità della proposta sarebbe rinvenibile nell'approvazione del progetto di fattibilità che, ai sensi dell'art. 23, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016, "individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire". Difatti, l'individuazione della proposta migliore sotto il profilo dell'analisi costi e benefici per la collettività avverrà alla conclusione dell'approvazione della proposta che, come si è visto, non sempre (anzi, nella maggior parte dei casi non) coincide con la dichiarazione di fattibilità della medesima.

³⁶ Ai sensi del quale, "le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse".

³⁷ Si deve ritenere che, in caso di ricezione di proposte di *project financing*, l'amministrazione aggiudicatrice sia obbligata ad esprimersi con una determinazione entro il termine indicato *ex art.* 118, comma 15 d.lgs. n. 50/2016. Ove allo scadere dei tre mesi dalla presentazione di una proposta, l'amministrazione non assuma alcuna determinazione, il silenzio sarà da considerarsi un inadempimento. In termini si sono espresse le recenti sentenze del Tar Liguria, sez. II, 3 luglio 2018, n. 593 e del Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2018, n. 4777.

richiedere al proponente di apportare al progetto di fattibilità “le modifiche necessarie per la sua approvazione” (cfr. art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016)³⁸.

Successivamente, l’amministrazione procederà a valutare quale sia la proposta in grado di rispondere maggiormente alle proprie esigenze e di fornire le prestazioni richieste con il miglior rapporto costi benefici per la collettività, anche attraverso il c.d. *public sector comparator* ex art. 181, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016 e uno studio delle differenti modalità di soddisfazione dell’interesse pubblico considerato³⁹.

Risultano consentiti altresì, laddove condotti nel rispetto del principio della *par condicio*, momenti di incontro e di dialogo con i proponenti, finalizzati ad abbattere la barriera dell’asimmetria informativa fra proponente e amministrazione aggiudicatrice⁴⁰.

4. L’art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 afferma che “l’amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta”. La norma non specifica il termine iniziale della fase di valutazione.

In caso di presentazione di una sola proposta, dovrà ritenersi che il termine decorra dalla data di ricezione della stessa⁴¹.

Più complesso è il caso in cui vi sia più di una proposta – ipotesi che non pare essere stata espressamente considerata dal legislatore. In proposito, occorre domandarsi se il termine trimestrale decorra dalla ricezione della prima proposta presentata oppure se lo stesso sia da riferirsi a ciascuna singola proposta, cosicché il periodo complessivo di valutazione di fattibilità delle proposte scadrà al novantesimo giorno dalla ricezione dell’ultima proposta presentata.

La prima soluzione prospettata è stata di recente avallata dal Tar Toscana, sez. I che, in una recente pronuncia, ha considerato “non irragionevole”, sotto il profilo della parità di trattamento, modulare diversamente l’istruttoria compiuta su due proposte differenti anche in ragione “dell’urgenza di decidere sulla [proposta ricevuta per prima dall’amministrazione, ndr] in ossequio al termine perentorio di tre mesi assegnato dalla legge a garanzia,

³⁸ Nella formulazione attuale della procedura che stiamo esaminando, la facoltà di richiedere modifiche al termine della valutazione di fattibilità è preordinata all’approvazione della proposta. L’eventuale ricezione della proposta modificata avverrà, di norma, nella fase di valutazione preordinata all’approvazione della proposta. Secondo un’interpretazione letterale della disposizione, le modifiche richieste dall’amministrazione non sembra possano incidere su caratteri della proposta ritenuti fondamentali per la fattibilità della stessa, pena la vanificazione della *ratio* della disposizione che, così interpretata, potrebbe condurre all’approvazione di proposte senza dichiarazione di fattibilità. D’altra parte, l’assenza di parametri stabiliti dall’art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 per la valutazione della fattibilità della proposta lascia, nella pratica, alle amministrazioni ampio margine di azione nella gestione della procedura. È ipotizzabile, ad esempio, che un’amministrazione emani una dichiarazione di fattibilità, subordinata all’apporto di determinate modifiche (cfr. sentenza Tar Toscana, sez. I, n. 328/2018, cit.).

³⁹ Si pensi al caso, affrontato dal Tar Friuli Venezia-Giulia, sez. I, con sentenza 31 ottobre 2017, n. 335, in cui l’amministrazione debba valutare se accettare la proposta di un operatore privato relativa al servizio di energia termica, di fornitura di energia elettrica per l’utilizzo di immobili, di *global service* relativo agli edifici e agli impianti in strutture scolastiche, museali e negli uffici oppure se confermare l’adesione alla convenzione Consip stipulata con un assunto relativamente al servizio di energia termica.

⁴⁰ Si vedano, sul punto, F. FRACCHIA, *Finanza di progetto, i profili di diritto amministrativo*, cit.; C.E. GALLO, *Project e leasing*, cit., 1669.

⁴¹ Cfr. art. 2, comma 6 della l. n. 241/1990.

evidentemente, di certezza dell'operatore economico autore della proposta e in funzione di stabilità della stessa"⁴².

Tale prospettiva potrebbe, tuttavia, risultare problematica in relazione al principio della *par condicio* fra i concorrenti, che impone di applicare il medesimo termine massimo individuato legislativamente a tutte le proposte presentate, indipendentemente dall'ordine in cui le stesse sono state ricevute dall'amministrazione. Ragionando diversamente, si finirebbe per prediligere sempre la proposta presentata per prima.

Inoltre, laddove il termine trimestrale iniziasse a decorrere dalla ricezione della prima proposta presentata, verrebbe meno la possibilità di condurre un'istruttoria adeguata sulle differenti alternative fattibili, così vanificando la *ratio* di approfondimento che sta alla base della valutazione *ex art.* 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016.

5. In vigenza del d.lgs. n. 163/2006, la giurisprudenza amministrativa aveva affermato il carattere ordinatorio del termine di valutazione dell'interesse pubblico delle proposte di iniziativa privata, sulla base della considerazione per cui "è principio generale, derivante da quello di legalità, che un termine possa qualificarsi come perentorio quando sia espressamente qualificato come tale ovvero quando sia prevista la comminatoria di esclusioni o decadenze; lo stesso termine, ove non sia indicato come perentorio, ha funzione solo acceleratoria, cosicché il suo superamento non comporta la decadenza della potestà amministrativa o l'illegittimità del provvedimento"⁴³.

Oggi, l'art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 qualifica espressamente come perentorio il termine di tre mesi entro cui deve essere conclusa la valutazione della proposta di *project financing*.

La novella non ha comunque fugato i dubbi sulla natura del termine in esame e sulle conseguenze dell'inerzia dell'amministrazione nella valutazione della proposta. Tale incertezza può essere spiegata facendo riferimento all'inadeguatezza della distinzione fra termini ordinatori e perentori, mutuata dall'ordinamento processualcivile⁴⁴, per descrivere la scansione temporale di procedimenti amministrativi⁴⁵.

Difatti, in generale, la perentorietà di un termine connesso all'emanazione di un provvedimento non può comportare la decadenza dal potere dell'amministrazione di

⁴² Tar Toscana, sez. I 28 febbraio 2018, n. 328.

⁴³ Tar Veneto, sez. I, 1 settembre 2015 n. 955. In senso conforme, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 13 marzo 2013, n. 1511; Tar Abruzzo, sez. I, 12 novembre 2013, n. 528; Tar Toscana, sez. II, 8 ottobre 2013, n. 1346.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 152, comma 2, cod. proc. civ., "i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiara perentori". Nel processo civile, i termini ordinatori "hanno lo scopo di «regolare le attività processuali secondo le necessità del normale andamento del processo»; [i termini perentori], che non riguardano mai l'attività e gli atti del giudice, servono a imprimere al processo un ritmo più serrato in vista della sua conclusione naturale o della sua estinzione anche in presenza dell'inattività (voluta o dovuta a negligenza) delle parti", M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 50.

⁴⁵ Sul punto, si veda M. TRIMARCHI, *Inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, ove l'Autore afferma che "sarebbe corretto interpretare i termini previsti dalla legislazione amministrativa secondo lo schema perentorio-ordinatorio soltanto qualora si fosse previamente dimostrata l'omogeneità di questi termini a quelli previsti per il compimento di atti processuali", 266.

provvedere⁴⁶, soprattutto se l'atto in questione è di tipo ampliativo⁴⁷: senza voler richiamare il dogma dell'inesauribilità del potere amministrativo⁴⁸, va considerato che l'articolo 117, comma 5 c.p.a., consentendo di impugnare, in pendenza di giudizio avverso il silenzio, il provvedimento sopravvenuto, presuppone il perdurante potere dell'amministrazione a provvedere.

Anche l'affermazione dell'illegittimità-annullabilità di un provvedimento emanato successivamente a un termine perentorio⁴⁹ risulta problematica, con riferimento al sistema di tutele predisposto dagli articoli 31 e 117 c.p.a. nei confronti del silenzio-inadempimento⁵⁰.

⁴⁶ La tesi della decadenza si ritrova espressa in M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 170-178 e, ancora prima, da A.M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in ID., *Scritti giuridici, III. Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, 64, 71. La tesi non ha trovato il favore della giurisprudenza amministrativa, la quale afferma che "la cessazione della potestà, derivante dal protrarsi del procedimento, potrebbe nuocere all'interesse pubblico alla cui cura quest'ultimo è preordinato, con evidente pregiudizio della collettività". Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 1996, n. 621, in *Foro amm.*, 1996, 1869; in termini, cfr. Corte cost., 17 luglio 2002, n. 355.

⁴⁷ La giurisprudenza ammette, per contro, la decadenza dal potere di provvedere in caso di atti di tipo sanzionatorio, pure in assenza di esplicita indicazione legislativa della perentorietà del termine. Si vedano, *inter alia*, Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542 riguardo a procedimenti sanzionatori di Banca d'Italia, la casistica giurisprudenziale citata in F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21 bis l. TAR*, in *Questa Rivista*, 2004, 571 e, da ultimo, la sentenza Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2018, n. 4657 con riferimento al potere sanzionatorio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

⁴⁸ Sebbene sia stato sottoposto a notevoli critiche dalla dottrina più recente (si citano, per tutti, M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1; ID., *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Questa Rivista*, 2014, 709; F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *www.federalismi.it*, 2017; M. TRIMARCHI, *Inesauribilità del potere amministrativo*, cit.), il dogma dell'inesauribilità appare saldo nelle affermazioni giurisprudenziali, che lo riconnettono alla "doverosità della costante cura dell'interesse pubblico di cui la singola amministrazione è tributaria". Cons. Stato, sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1870; in termini, Tar Umbria, sez. I, 6 maggio 2009, n. 202; più di recente, cfr. Tar Marche, sez. I, 10 ottobre 2014, n. 833; Tar Veneto, sez. III, 24 novembre 2016, n. 1295; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 19 febbraio 2016, n. 322. La cautela con la quale la giurisprudenza affronta il rapporto tra scadenza del termine e conservazione del potere amministrativo è altresì sottolineata in B. SASSANI, *Silenzio ed esecuzione della sentenza nella riforma del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 412 e in M. CLARICH, *La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 691.

⁴⁹ La tesi è stata sostenuta da F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 l. n. 241 del 1990*, cit. ed è stata recentemente riproposta da S. VERNILE, *La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (e indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2015, 403 e da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 270.

⁵⁰ Prevedendo che il giudizio sul silenzio si concluda, in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso, con l'ordine del giudice a emanare un provvedimento espresso, l'art. 117 c.p.a. porta a ritenere che la tardività di un provvedimento sia considerata come un mero fatto, incapace di rendere annullabile, di per sé, il provvedimento emanato fuori termine. In giurisprudenza, il principio si ritrova espresso, fra l'altro, in Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2018, n. 4577; Id., sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3172; Id., 12 giugno 2012, n. 2264; Tar Piemonte, sez. I, 30 gennaio 2012, n. 136; Tar Lazio, Roma, sez. II, 10 febbraio 2010, n. 1863; Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2009, n. 140; Id., 25 giugno 2008, n. 3215. In dottrina, appare particolarmente chiaro il contributo di L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 905, ove l'Autore afferma che "la tardività del provvedimento non è causa di sua annullabilità. Diversamente dai silenzi significativi, la mera inadempienza al dovere di provvedere è inespressiva (...): lascia il procedimento aperto, in attesa di una definizione esplicita, conclusiva e di 'chiusura', che corrisponde ad un persistente potere-dovere di provvedere incombente sull'amministrazione, correlato ad un perdurante interesse al provvedimento in capo all'interessato", 929. Ivi è inoltre confutata, con argomentazioni in punto di diritto positivo, la tesi della riapertura dei termini per la conclusione del procedimento all'atto della presentazione dell'accoglimento del ricorso avverso il silenzio, avanzata da F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 l. n. 241 del 1990*,

Ne consegue che, sempre in generale, la previsione legislativa di un termine per provvedere non comporta, di per sé, l'illegittimità del provvedimento emanato tardivamente ma solo la possibilità di attivare gli strumenti processuali predisposti dagli articoli 31 e 117 c.p.a. per ottenere un provvedimento espresso.

Il ragionamento appena condotto pare applicabile anche al caso specifico del *project financing* a iniziativa privata, le argomentazioni sopra richiamate rimangono valide sia sotto il profilo della coerenza con gli in tema di strumenti processuali attivabili in caso di silenzio-inadempimento, sia alla *ratio* sottostante all'intervento legislativo che ha portato alla disposizione in esame, consistente nell'individuazione di una finestra temporale entro la quale l'amministrazione possa svolgere un'adeguata analisi di fattibilità tecnica, economica e giuridica sulle proposte presentate.

Pertanto, la pronuncia sulla fattibilità di una proposta intervenuta oltre il termine trimestrale previsto dall'art. 183, comma 15 d.lgs. n. 50/2016 non pare poter essere considerata, di per sé, illegittima (e idonea a viziare, di conseguenza, il successivo provvedimento di approvazione).

Sul punto, risulta particolarmente interessante la prospettiva assunta dal Tar Lazio, Roma, che, con sentenza 28 maggio 2018, n. 5954 ha rigettato il ricorso presentato da un proponente avverso l'atto di approvazione di un'altra proposta, basata su una dichiarazione di fattibilità emanata oltre il termine di tre mesi previsto per legge. Il Tar ha sostenuto che "il termine prescritto dall'art. 183 c. 15 d.lgs. n. 50/2016 come perentorio risulta, comunque, fissato a garanzia e in favore del soggetto presentatore della proposta, al fine di sollecitare l'amministrazione ad un esame tempestivo dei progetti ricevuti e non a sfavore del proponente, così da far decadere la sua proposta in caso di scadenza (similmente alla fissazione della durata dell'effetto vincolante dell'offerta nelle gare pubbliche, prevista al comma 4 dell'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016, «per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione», anch'essa stabilita a tutela e non a pregiudizio del concorrente che ha formulato l'offerta"⁵¹.

La citata sentenza consente di ampliare il ragionamento appena condotto sulle conseguenze della scadenza del termine trimestrale previsto dall'art. 183, comma 15 d.lgs. n. 50/2016. Valorizzando l'elemento negoziale proprio della fase iniziale della procedura di *project financing* a iniziativa privata, sarebbe infatti possibile considerare la proposta in termini civilistici, come dichiarazione contrattuale emessa manifestando l'intenzione di obbligarsi. Così ragionando, si potrebbero leggere gli effetti della decorrenza del termine per la

cit. e, più recentemente, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 270 ss. Per una prospettiva più critica sul giudizio avverso il silenzio amministrativo, per come congeniato nel c.p.a., si vedano, poi, M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., ove si legge che "se si ha riguardo alla specifica tutela giurisdizionale avverso il silenzio si avverte la mancanza di una sufficiente riflessione processualistica per controbilanciare la condizionante forma impugnatoria troppo rigida del processo amministrativo", B. TONNOLETTI, *Silenzi della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubblic.*, XIV, Torino, 1999, 170 e M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo, certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, 291.

⁵¹ Tar Lazio, Roma, sez. II bis, 28 maggio 2018, n. 5954.

pronuncia sulla fattibilità della stessa alla luce dell'art. 1326 c.c.⁵² La proposta sarebbe, in tal modo, vincolante per il proponente solo entro il termine, previsto, in questo caso, dalla legge in tre mesi dalla ricezione della proposta da parte della pubblica amministrazione. Allo scadere del termine, la proposta non vincolerebbe più il proponente, a meno che questi non ritenga la stessa comunque efficace, dandone immediata comunicazione all'amministrazione.

La conseguenza processuale della scadenza del termine di tre mesi dalla ricezione della proposta sarà la decorrenza del termine annuale per la proposizione dell'azione avverso il silenzio *ex artt.* 31 e 117 c.p.a. Il che rappresenta un significativo passo avanti rispetto al sistema di tutele avverso il silenzio riconosciuto in vigore del d.lgs. n. 163/2006. Il previgente testo normativo, infatti, non prevedeva alcuna scansione temporale della procedura di valutazione della proposta di *project financing*, per cui la maggior parte dei ricorsi presentati avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sulla proposta erano ritenuti irricevibili per il decorso del termine annuale di cui all'art. 31, comma 2 c.p.a.⁵³

6. Si può passare ora a considerare la sindacabilità dei provvedimenti emanati dall'amministrazione in relazione alle proposte di *project financing*. Come noto, la dibattuta questione della diretta impugnabilità dell'approvazione della proposta di *project financing* aveva trovato una definizione con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 28 gennaio 2012, n. 1. Il supremo consesso amministrativo aveva ivi superato il diffuso orientamento giurisprudenziale che negava l'impugnabilità dell'approvazione della proposta se non unitamente all'aggiudicazione del contratto⁵⁴, argomentando in punto di lesività dell'atto di chiusura della prima fase della procedura di *project financing*, ossia quello con cui viene selezionato il promotore. Si era affermato che "la selezione del promotore crea, per il soggetto prescelto, una posizione di vantaggio certa e non meramente eventuale, atteso che il suo progetto è posto a base della successiva gara e che, ove anche nella gara vengano selezionati progetti migliori di quello del promotore, quest'ultimo ha un diritto potestativo di rendersi aggiudicatario, adeguando la propria proposta a quella migliore; se poi non esercita tale diritto di prelazione, il promotore vanta l'alternativo diritto al rimborso forfetario delle

⁵² Ai sensi del quale "1. Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra. 2. L'accettazione deve giungere al proponente nel termine da lui stabilito o in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi. 3. Il proponente può ritenere efficace l'accettazione tardiva, purché ne dia immediatamente avviso all'altra parte".

⁵³ Si citano, *inter alia*, le sentenze Tar Campania, Napoli, sez. II, 26 giugno 2015, n. 3401; Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2010, n. 3326; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 24 settembre 2009, n. 2185.

⁵⁴ Tale filone interpretativo si basava sulle seguenti considerazioni: (i) l'interesse ad assumere la posizione di promotore finanziario contiene e implica anche l'interesse ad essere aggiudicatario della successiva concessione, che, in definitiva, rappresenta il vero 'bene della vita' cui tende il presentatore del progetto; (ii) nella procedura del *project financing* piuttosto che individuarsi due serie sub - procedurali collegate ed autonome (l'una di selezione del progetto di pubblico interesse; l'altra di gara ad evidenza pubblica sulla base proprio del progetto dichiarato di pubblica utilità), deve piuttosto configurarsi una fattispecie a formazione progressiva, in cui lo scopo finale (cioè l'aggiudicazione della concessione al soggetto che propone di realizzare l'opera col sistema economicamente più vantaggioso) si realizza attraverso le descritte (e progressive) fasi che non sono solo funzionalmente collegate (tra di loro proprio in funzione dello scopo), ma sono biunivocamente interdipendenti; (iii) la selezione del promotore non assicurerebbe a quest'ultimo alcuna diretta ed immediata utilità; pertanto non si potrebbe applicare l'indirizzo giurisprudenziale che ammette l'immediata impugnazione di qualsiasi atto endoprocedimentale che determini in danno di un concorrente un arresto procedimentale. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2005 n. 142; Id., sez. IV, 26 gennaio 2009 n. 391; Id., sez. V, 28 maggio 2009 n. 3319.

spese sostenute per la presentazione della proposta, nella considerevole misura del 2,5% del valore dell'investimento (...). Sul versante opposto, per i concorrenti non prescelti, la selezione di un altro promotore determina un definitivo arresto procedimentale, atteso che il loro progetto non sarà posto a base della successiva gara e che non vanteranno né il diritto ad essere aggiudicatari in mancanza di altre proposte, né il diritto di prelazione, né il diritto al rimborso delle spese sostenute. È vero che possono partecipare alla successiva gara, ed esserne vincitori se presentano un progetto migliore di quello del promotore: ma sono in una posizione di *pati* rispetto al diritto potestativo di prelazione del promotore. In definitiva, il bene della vita nel procedimento di *project financing* è il conseguimento della concessione sulla base del progetto presentato nella prima fase, sicché, se tale progetto non viene selezionato come di pubblico interesse, è immediatamente leso l'interesse a conseguire la concessione sulla base del proprio progetto". Da ciò l'Adunanza Plenaria derivava l'onere di immediata impugnazione dell'atto di approvazione della proposta, affermando che "la scelta del promotore che non venga tempestivamente impugnata non potrà più essere contestata dopo la conclusione dell'intero procedimento".

Alla luce della nuova formulazione della procedura di *project financing* ex art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016, occorre verificare se l'insegnamento della Plenaria n. 1/2012 valga ad affermare l'impugnazione diretta della dichiarazione di fattibilità.

Il profilo non è stato, ad oggi, sufficientemente approfondito dalla giurisprudenza, che talvolta si dimostra restia ad accogliere in toto persino le conseguenze dell'orientamento consolidato dalla citata Plenaria⁵⁵. È possibile, tuttavia, prefigurare alcuni possibili scenari.

Nel caso in cui la valutazione sulla fattibilità della proposta abbia esito negativo, si ritiene che il provvedimento sia idoneo a frustrare definitivamente le possibilità per il proponente di divenire promotore, e di vedersi approvata la propria proposta. Quest'ultimo potrà partecipare alla gara in qualità di concorrente, ma patendo le condizioni imposte dalla proposta di un altro concorrente, e senza poter beneficiare del diritto alla prelazione e all'indennizzo del 2,5% delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, in caso di mancata aggiudicazione.

Di conseguenza, pare possibile sostenere che sussista, in capo al proponente la cui proposta sia stata rifiutata, un onere di impugnazione della dichiarazione di non fattibilità della proposta; la mancata impugnazione della stessa potrebbe essere valutata giudizialmente come elemento preclusivo della possibilità di impugnare il successivo atto di approvazione della proposta.

⁵⁵ Ad esempio, il Cons. Stato, sez. V, con ordinanza 21 settembre 2017, n. 4006 ha respinto l'appello proposto avverso l'ordinanza con cui si rigettava la richiesta di sospensione cautelare del provvedimento di approvazione di un'altra proposta di *project financing*, sulla base della considerazione per cui "il pregiudizio prospettato dall'appellante *sub specie* di attribuzione immediata, a seguito della scelta operata dalla Pubblica Amministrazione, di una posizione di vantaggio al promotore, costituita dal diritto di prelazione, posizione non recuperabile (...) neanche nella gara a valle, appare eventuale ed ipotetico, in quanto la gara per l'affidamento del servizio deve essere ancora indetta e non si ravvisano ragioni ostative alla partecipazione della società alla medesima, con formulazione in quella sede della propria offerta e relativa possibilità di aggiudicazione". Più avveduta pare, invece, la giurisprudenza che ha ritenuto inammissibile l'impugnazione del bando di gara con cui si metteva a base di gara il progetto di fattibilità approvato al termine della prima fase della procedura, sostenendo che il bando fosse una "semplice attuazione" della scelta di utilizzo del *project financing*, consumatasi al momento dell'approvazione della proposta. Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II *bis*, nella sentenza 19 aprile 2018, n. 4374 e Cons. Stato, sez. V, con sentenza 2 agosto 2018, n. 4777.

Inoltre, al fine di approfondire le conseguenze processuali derivanti dai rapporti fra dichiarazione di fattibilità e atto di approvazione, risulta utile far riferimento alla dottrina che ha approfondito il concetto di connessione fra provvedimenti amministrativi⁵⁶. Dato che, come si è visto in sede di ricostruzione della procedura di *project financing* a iniziativa privata, perché una proposta venga approvata, è necessario che la stessa sia stata previamente dichiarata fattibile, si potrebbe affermare che tra i due atti sussista una connessione qualificata di tipo funzionale, essendo entrambi preordinati alla realizzazione del medesimo interesse e concorrendo entrambi all'individuazione della proposta da porre a base di gara. Ove si accogliesse tale ricostruzione, ne conseguirebbe che (i) l'illegittimità della dichiarazione di fattibilità provocherebbe l'illegittimità dell'atto di approvazione; (ii) sarebbe possibile riunire i ricorsi eventualmente presentati separatamente verso i due atti, *ex art. 70 c.p.a.*; (iii) la statuizione emanata in ordine alla dichiarazione di fattibilità vincolerebbe, *in parte qua*, il giudice chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dell'atto di approvazione.

Nel caso in cui, invece, la valutazione sulla fattibilità di una proposta abbia esito positivo, il giudizio sulla lesività della dichiarazione di fattibilità – e, dunque, sulla sua impugnabilità – risulterebbe più complesso. Invero, la dichiarazione di fattibilità di una proposta non implica necessariamente la sua approvazione. L'atto di approvazione potrebbe non essere emanato, ad esempio, per il mancato apporto delle modifiche richieste, per la predilezione accordata a un'altra proposta o per l'esito negativo del *public sector comparator*. Pertanto, la dichiarazione di fattibilità di una proposta potrebbe essere considerata non sufficientemente lesiva delle *chance* dei ricorrenti di divenire promotori del *project financing*.

D'altra parte, l'apprezzamento sulla lesività dell'atto muterebbe, probabilmente, a seconda del ricorrente. Potrebbero infatti avere interesse a ricorrere avverso la dichiarazione di fattibilità che si supponga illegittima sia ulteriori proponenti sia soggetti che non abbiano presentato una proposta ma che siano idonei a divenire promotori⁵⁷. Nella prima fattispecie,

⁵⁶ Si veda, in generale, sulla connessione fra provvedimenti amministrativi, il contributo di S. MENCHINI, *La connessione nel processo amministrativo*, in *Questa Rivista*, 2014, 1101. Si sottolinea come, in vigenza dell'art. 37-ter della l. n. 109/1994, la più attenta dottrina aveva rilevato come “tenendo conto che le proposte possono anche essere più d'una con riferimento allo stesso intervento, non è in particolare chiaro se debba farsi luogo all'avvio di più procedimenti, ovvero se le successive proposte attinenti al medesimo intervento [dovessero] confluire all'interno del medesimo episodio di esercizio del potere”, concludendo per la necessità di ritenere preferibile la seconda soluzione, per ragioni di semplificazione e di economia procedimentale. F. FRACCHIA, *Finanza di progetto, i profili di diritto amministrativo*, cit., 69. Alla luce della nuova formulazione della procedura di *project financing* *ex art. 183, comma 15 d.lgs. n. 50/2016*, che, come si è detto, ha reso più complessa la procedura, richiedendo, in caso di presentazione di più proposte, che la valutazione su ciascuna di esse si estrinsechi in un provvedimento espresso (i.e. la dichiarazione di fattibilità), pare si possa ragionare in termini di procedimenti connessi, nei termini descritti nel testo.

⁵⁷ La giurisprudenza amministrativa considera sussistenti le condizioni per proporre azione di annullamento verso l'atto di approvazione della proposta di *project financing* laddove sussista un interesse qualificato a divenire promotore. Tale condizione potrebbe verificarsi sia laddove sia stata effettivamente formulata una proposta alternativa di *project financing* (Cfr. Tar Toscana, n. 328/2018, cit.), sia nel caso di prospettazione all'amministrazione aggiudicatrice di una soluzione diversa da quella del partenariato pubblico-privato per realizzare l'opera oggetto del progetto (Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2018, n. 3401). Elemento ritenuto imprescindibile è il possesso dei requisiti soggettivi richiesti ai sensi dell'art. 183, comma 17 del d.lgs. n. 50/2016 per poter rivestire la qualifica di promotore di una proposta di *project financing*. Ad esempio, la scelta di ricorrere al *project financing* in luogo della gestione diretta di un servizio secondo lo schema dell'*in house providing* non è stata ritenuta contestabile da una società che non aveva i requisiti per essere parte dell'uno o dell'altro rapporto (Cfr. Tar Marche, n. 523/2018, cit.). Interessanti, in tema di condizioni per l'azione con specifico riferimento alla procedura di *project financing*, sono gli scritti di M. PIGNATTI, *La legittimazione e*

potrebbe essere apprezzata la lesività della dichiarazione di fattibilità che si suppone illegittima nella riduzione delle possibilità del proponente di divenire promotore, per l'accresciuta concorrenza basata su una valutazione illegittima dell'amministrazione.

Tale aspetto non potrebbe essere, invece, considerato nella seconda ipotesi prefigurata, ove la lesione si concretizzerebbe, più probabilmente, solo al momento dell'emanazione dell'atto di approvazione della proposta. In tal caso, la dichiarazione di fattibilità viziata sarebbe considerata impugnabile solo congiuntamente all'atto di approvazione.

7. In ragione di quanto sopra argomentato, potrebbe sorgere un dubbio circa il rito applicabile ai giudizi amministrativi⁵⁸ aventi ad oggetto la legittimità dell'approvazione della proposta o, nei termini anzidetti, la valutazione sulla fattibilità della stessa.

La giurisprudenza amministrativa tende ad affermare l'applicabilità del rito ordinario, interpretando in senso restrittivo l'art. 119, comma 1, lett. a) c.p.a.⁵⁹ e tutelando, in tal modo, le più ampie facoltà di difesa consentite dal rito ordinario. Il punto è stato chiaramente espresso dal Tar Veneto che, in una recente sentenza, ha applicato alla procedura di *project financing* a iniziativa privata l'insegnamento della sentenza Cons. Stato, ad. plen., 27 luglio 2016, n. 22⁶⁰. E' stato affermato che, posto che la disciplina di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a. ha carattere derogatorio rispetto alla disciplina processuale comune, essendo peraltro idonea a comprimere i diritti di difesa, riducendo i tempi per il loro valido esercizio, tali norme dovranno essere interpretate alla luce del loro carattere eccezionale. Pertanto, la parola 'affidamento' "dev'essere decifrata come significativa dell'atto con cui, contestualmente, la pubblica amministrazione sceglie il suo contraente e gli attribuisce la titolarità del relativo rapporto", non dunque anche in caso di selezione del promotore. Ne deriva che la domanda di

l'interesse al ricorso in materia di finanza di progetto, cit., e di M. SINISI, *Il project financing tra progettazione preliminare e progettazione definitiva: conseguenze in punto di lesività e di legittimazione ad impugnare*, in *Foro amm. Tar*, 2012, 1554, ove l'A. ribadisce l'insufficienza, già affermata in giurisprudenza (Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4), della legittimazione a ricorrere per esaurire le condizioni per proporre il ricorso. In proposito, rimangono insuperate le considerazioni svolte da R. VILLATA, *Legittimazione processuale*, II, *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 2.

⁵⁸ La giurisprudenza civilistica e amministrativistica è concorde nell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) c.p.a. delle controversie, anche risarcitorie, insorte prima dell'affidamento del contratto di partenariato pubblico privato. Si afferma che "la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (...) attrarrà nella sua orbita il procedimento formativo della volontà della Amministrazione sino all'affidamento della concessione, per poi ritrarsi in favore della giurisdizione del giudice ordinario, competente in merito alla cognizione del rapporto scaturente dall'affidamento". Tar Lazio, Roma, sez. III, 20 dicembre 2004, n. 16604. In termini, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2013, n. 4355; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 20 marzo 2014, n. 736; Tar Liguria, sez. II, 4 aprile 2014, n. 574; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 3 ottobre 2016, n. 1281. Per la giurisprudenza civile si citano, *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 21 maggio 2001, n. 7447; Id., 27 dicembre 2011, n. 28804; Id., 4 settembre 2015, n. 17586. In proposito, si citano, per il loro particolare interesse, i contributi di R. VILLATA, *Prime considerazioni sull'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998*, in *Questa Rivista*, 1999, 292; L. BERTONAZZI, *Note sull'ambito di applicazione dell'art. 33, comma 2, lett. e) del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, con particolare riferimento alle controversie relative all'esecuzione di contratti di appalti (aventi un oggetto strumentale alla gestione ed erogazione di un pubblico servizio)*, in *Questa Rivista*, 2000, 537; E. ROMANI, *Giurisdizione esclusiva e responsabilità precontrattuale del privato*, in *Questa Rivista*, 2017, 686.

⁵⁹ Il quale ricomprende nel proprio ambito di applicazione i giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a "provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture".

⁶⁰ Tar Veneto, sez. I, 7 agosto 2018, n. 855.

annullamento degli atti suddetti sarà da proporsi entro i termini ordinari di decadenza *ex artt.* 29 e 41 c.p.a.⁶¹

La tesi appena presentata è stata sostenuta, con differenti argomentazioni, anche in due ulteriori pronunce, rispettivamente del Tar Marche e dal Tar Friuli Venezia-Giulia. Nella prima ⁶², il tribunale amministrativo ha rigettato l'eccezione di improcedibilità dell'amministrazione resistente sostenendo che "l'approvazione del progetto di fattibilità rappresenta una fase anteriore alla gara, tanto che in tema di *project financing*, una volta dichiarata di pubblico interesse una proposta di realizzazione di lavori pubblici e individuato quindi il promotore privato, l'Amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione".

Nella seconda⁶³, si è sottolineato come "nella fase di valutazione dell'interesse pubblico della proposta di PPP, (...) non si impongono le medesime esigenze di celerità che stanno alla base della previsione di un tempo concentrato per l'esercizio del diritto di difesa relativamente a determinati contratti pubblici".

Le argomentazioni addotte dalle pronunce da ultimo richiamate, pur giungendo al medesimo condivisibile risultato, risultano meno incisive di quelle presentate dal Tar Veneto, in quanto non approfondiscono sufficientemente l'evoluzione normativa della procedura di *project financing*, per come oggi delineata dall'art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 e i rapporti sussistenti fra sindacato sulla fattibilità dell'offerta e illegittimità derivata dell'atto di approvazione della proposta.

Coerentemente con tale ricostruzione, secondo la giurisprudenza che si è pronunciata in materia, si dovrà seguire il rito speciale in caso di impugnazione dell'annullamento o della revoca dell'aggiudicazione di una gara celebrata ai sensi dell'art. 183, comma 15 d.lgs. n. 50/2016⁶⁴.

Quanto alle domande risarcitorie, ai sensi dell'art. 32, comma 1 c.p.a., si ritiene applicabile il rito speciale solo ove queste siano connesse alla domanda di annullamento di un atto emanato in sede di gara⁶⁵; applicando il medesimo criterio, seguirà, invece, il rito ordinario il

⁶¹ Si deve dare conto di altresì della recente pronuncia, che certamente scatenerà un intenso dibattito giurisprudenziale e dottrinale in merito ai confini applicativi del c.d. rito speciale in materia di contratti pubblici, del Tar Veneto, sez. I, che, con sentenza 7 marzo 2018, n. 257 ha considerato tardivi i motivi del ricorso presentato avverso l'aggiudicazione definitiva di un contratto di concessione in *project financing* attinenti alla carenza, nella domanda dell'aggiudicatario, di documenti amministrativi, ritenendo che i vizi fossero noti non già a partire dall'atto che consolida le ammissioni e le preclusioni, bensì dalla seduta pubblica in cui erano state aperte le buste. Per un approfondimento, si vedano I. MARTELLA, *Le novità processuali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Questa Rivista*, 2016, 661; G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it, giugno 2016, 2-3; A. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito (forse tardivo?) della Corte di giustizia*, in *Questa Rivista*, 2016, 796; L.S. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis c.p.a. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, *ivi*, 2017, 714; M.A. SANDULLI, *Il rito "super accelerato" in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in www.federalismi.it, 2018.

⁶² Tar Marche, sez. I, 24 luglio 2018, n. 523.

⁶³ Tar Friuli Venezia-Giulia, 31 ottobre 2017, n. 335.

⁶⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 21 maggio 2018, n. 3025.

⁶⁵ *Ibidem*.

giudizio sulla domanda di condanna al risarcimento dei danni precontrattuali per annullamento di un atto di approvazione di una proposta di *project financing*⁶⁶.

8. È un'affermazione pressoché onnipresente nelle sentenze amministrative che si occupano del tema di cui stiamo trattando quella per cui “la fase dell’individuazione del promotore è caratterizzata da amplissima discrezionalità”⁶⁷. La giurisprudenza predominante ritiene che la valutazione circa l’approvazione del *project financing* sia sindacabile solo nel caso in cui si ravvisi una manifesta illogicità o contraddittorietà o un erroneo presupposto di fatto. Il che, come evidente, assottiglia notevolmente le *chance* di tutela dei ricorrenti in tale fase⁶⁸.

L’atteggiamento della giurisprudenza non è mutato nemmeno in seguito all’entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016. Tuttavia, è stato già rilevato come la nuova formulazione della procedura di *project financing* a iniziativa privata porti a distinguere fra valutazione di fattibilità sulle proposte presentate – richiedente valutazioni di carattere prevalentemente tecnico – e approvazione della proposta da porre a base di gara – implicante scelte di discrezionalità amministrativa e valutazioni di opportunità.

Già nel 2009, in sede di commento alla giurisprudenza che ha trovato conferma nel dettato normativo attuale, attenta dottrina aveva individuato la possibilità di sottoporre la valutazione di fattibilità della proposta a un sindacato intrinseco⁶⁹.

Su tali basi, si ritiene che, nella procedura di selezione del promotore *ex art.* 183, comma 15 d.lgs. n. 50/2016, siano sindacabili intrinsecamente quelle valutazioni tecniche, non richiedenti scelte di opportunità, condotte dall’amministrazione aggiudicatrice, in base a parametri prestabiliti, in sede di istruttoria sulla fattibilità delle proposte presentate.

Nel d.lgs. n. 50/2016 è possibile ritrovare alcune norme che definiscono i contorni invalicabili del *project financing*, oltrepassati i quali la proposta sarà da considerare non fattibile. Questi sono, ad esempio, l’art. 180, comma 3 in materia di trasferimento dei rischi in capo all’operatore economico; gli articoli 165, comma 6, e 182, comma 3 in tema di revisione del piano economico-finanziario, l’art. 180, comma 4 in tema di canone di disponibilità, gli articoli 183, comma 18 e 185 sulla bancabilità del progetto. Potrà dunque essere considerata annullabile per violazione di legge l’accettazione della proposta che non applichi correttamente la normativa citata.

⁶⁶ Si veda la sentenza Tar Lombardia, sez. IV, 23 luglio 2018, n. 1794.

⁶⁷ Si vedano, *ex multis*, la sentenza Tar Napoli, n. 3441/2017, secondo cui “la procedura di scelta del promotore present[i] caratteri peculiari, in quanto (...) volta alla ricerca non solo di un ‘contraente’ ma di una ‘proposta’, che integri l’individuazione e la specificazione dell’interesse pubblico perseguito”. In termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287, con commenti di P. FAVA, “*Diritto di prelazione*” *senza rispetto dei principi di evidenza pubblica?*, cit. e di G. PASQUINI, *Il project financing e la discrezionalità*, cit.; Cons. Stato, sez. V, 20 maggio 2008, n. 2355, con nota di M. GIOVANNELLI, *Discrezionalità tecnica e amministrativa nella scelta della proposta del promotore*, in *Urb. app.*, 2008, 1107; Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741 con nota di M. ALLENA, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, cit.; Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2015, n. 4035; Cfr. Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 19 ottobre 2017, n. 1256.

⁶⁸ Si veda, ad esempio, la sentenza Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 2018, n. 3401 ove, pur rilevando profili di incongruenza sulle valutazioni economiche svolte dall’amministrazione nel calcolo dell’onerosità complessiva dell’operazione, i giudici amministrativi hanno ritenuto legittima la valutazione oggetto di sindacato.

⁶⁹ M. ALLENA, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, cit., 838.

Le medesime considerazioni possono ripetersi nel caso in cui la proposta non sia coerente, sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, con le norme vigenti. Si ritiene che tali aspetti “non siano direttamente riferit[i] alla comparazione con l’interesse pubblico [la quale viene, nella normativa vigente, viene rimandata a una fase successiva a quella del controllo di fattibilità, ndr] non esprimono di per sé momenti di emersione della cura concreta dell’interesse pubblico, ma presuppongono un apprezzamento sulla base di valutazioni tecnico-scientifiche, pur se opinabili”⁷⁰. Dunque, nei casi suddetti, si potrebbe ritenere che la valutazione compiuta dall’amministrazione possa essere ripetuta dal giudice amministrativo, con l’ausilio di un consulente tecnico.

Inoltre, ove l’amministrazione aggiudicatrice si sia auto-vincolata, in avvisi informativi o in atti procedurali che assumono la funzione di una c.d. *check list*⁷¹, al rispetto di determinati criteri tecnici sulla base dei quali compiere la valutazione di fattibilità, gli atti successivi potrebbero essere sindacabili laddove incoerenti o incompatibili con questi ultimi, sotto il profilo della contraddittorietà e illegittimità⁷².

9. Un risalente orientamento giurisprudenziale affermava che la fase di selezione del promotore non potesse considerarsi come una vera e propria procedura ad evidenza

⁷⁰ R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 132.

Sulla scorta di tale ragionamento, risulta più complesso ipotizzare un sindacato intrinseco sulla valutazione di *public sector comparator* ex art. 181, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, implicante valutazioni direttamente connesse alla convenienza pubblicistica del partenariato proposto. Sul tema, particolarmente dibattuto, della sindacabilità delle valutazioni tecniche dell’amministrazione, si richiamano, per tutti, i contributi di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell’amministrazione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987, 405; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3165; G. PELAGATTI, *Valutazioni tecniche dell’amministrazione pubblica e sindacato giudiziario: un’analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicista*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1992, 158; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995 e ID., *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179; L. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, nota a Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 12 maggio 1997, n. 586, in *Foro amm.*, 1997, 1727; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Questa Rivista*, 2000, 185; N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 2587; D. PAPPANO, *Sindacato del giudice amministrativo e valutazioni tecniche*, nota a sentenza TAR Abruzzo, 22 marzo 2002, n. 333, in *Foro amm. Tar*, 2002, n. 1321; S. TARULLO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: l’ottica comunitaria ed i profili evolutivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1385; F. LIGUORI, *Il sindacato “debole” sulle valutazioni riservate delle amministrazioni indipendenti*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 3 ottobre 2002, n. 5156, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 597; A. MILONE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle amministrazioni preposte alla tutela dell’ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, 1342; C. VIDETTA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 1185; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Questa Rivista*, 2004, 983; ID., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Potere tecnico e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, 2005; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439; G. D’ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L. 21 luglio 2000 N. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, 659; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; P. CIRIACO, *Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. merito*, 2010, 823; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell’amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Questa Rivista*, 2011, 133; G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, ivi, 2013, 513.

⁷¹ Cfr. Tar Liguria, sentenza n. 539/2018, cit.

⁷² M. ALLENA, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, cit., 838.

pubblica⁷³, essendo piuttosto qualificabile come un procedimento amministrativo su istanza di parte, disciplinato non già dalle norme sui contratti pubblici ex d.lgs. n. 50/2016 (come quelle relative alla nomina della commissione istruttoria)⁷⁴, bensì dalle norme e dai principi sul procedimento amministrativo ex l. n. 241/1990 (e neanche tutti: ad esempio sono state ritenute non applicabili alla procedura di *project financing*, in ragione della sua specialità, il preavviso di diniego ex art. 10-*bis* l. n. 241/1990⁹ e l'obbligo di corrispondere un indennizzo in caso di revoca ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della medesima legge⁷⁵).

Oggi, l'aumentata complessità della procedura di *project financing* a iniziativa privata ex art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016, rispetto alla disciplina previgente⁷⁶, porta a ritenere, invece, che gli atti adottati dall'amministrazione aggiudicatrice in sede di selezione del promotore siano sindacabili laddove vincoli formali o procedurali siano imposti normativamente o da atti dell'amministrazione stessa, sempre che si superi la barriera imposta dall'art. 21-*octies*, comma 2 della l. n. 241/1990.

Così, sono stati ritenuti in giurisprudenza sindacabili, ad esempio, la difformità dell'offerta rispetto a indicazioni precedentemente fornite ai potenziali proponenti⁷⁷, il livello di progettazione contenuto nella proposta⁷⁸, la presenza di lavori oggetto della proposta negli atti di programmazione dell'amministrazione aggiudicatrice⁷⁹ e i requisiti dell'ente attestatore del piano economico-finanziario⁸⁰. Ancora, si potrebbe sostenere l'illegittimità per violazione dell'art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 dell'atto di approvazione di una proposta senza previa dichiarazione di fattibilità⁸¹.

Inoltre, va considerato che, come già affermato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 1/2012, “la presenza di aspetti di stretta discrezionalità amministrativa non elide la necessità di rispettare alcune essenziali regole di trasparenza e ragionevolezza, tanto più rilevanti quando la valutazione delle proposte si svolge in un contesto comparativo”⁸². Sulla scorta di tale affermazione, e in ragione della già sottolineata centralità della procedura di *project financing* a iniziativa privata nella disciplina dei contratti pubblici italiana, si ritiene doveroso l'ingresso nella procedura in parola dei principi di libera concorrenza, non discriminazione,

⁷³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741, secondo cui “è *ius receptum* che la procedura di scelta del promotore, pur dovendo articolarsi come confronto concorrenziale tra più proposte, non è soggetta, in linea generale, alle regole rigorose di una vera e propria gara, essendo al contrario caratterizzata da maggiore elasticità e libertà dai formalismi”, In termini: CGARS, sez. giur., 29 gennaio 2007, n. 7.

⁷⁴ Cfr. Tar Lazio, n. 5954/2018, cit.

⁷⁵ Su cui, più approfonditamente, *infra*.

⁷⁶ Con riferimento alla disciplina vigente ex d.lgs. n. 163/2006, affermava G. MANFREDI, in *Le conseguenze processuali del ruolo del promotore del project financing*, cit., che “in sostanza, la vera gara (...) ossia la procedura comparativa che (pur se non determina, comunque) condiziona più incisivamente la scelta dell'impresa aggiudicataria della concessione realizzata mediante *project financing*, finisce per essere proprio quella che il legislatore originariamente non ha formalizzato”, 543.

⁷⁷ Si veda Tar Liguria, sentenza n. 539/2018, cit.

⁷⁸ Cfr. Tar Piemonte, sez. II, 31 agosto 2018, n. 978, ove è stato affermata l'impossibilità di presentare in una proposta un livello progettuale più avanzato di quello di fattibilità.

⁷⁹ Cfr. Tar Marche, sez. I, 24 luglio 2018, n. 523.

⁸⁰ Cfr. Tar Toscana, sez. I, 24 ottobre 2017, n. 1278.

⁸¹ Non pare poter applicare al caso di specie dell'art. 21-*octies*, comma 2 della l. n. 241/1990, in ragione della presenza di elementi di discrezionalità, nei termini sopra indicati.

⁸² Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2007 n. 4811; Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009 n. 1741, Cons. Stato, ad. plen., 15 aprile 2010 n. 2155.

trasparenza, proporzionalità e pubblicità⁸³, che l'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 considera applicabili a tutte le forme di affidamento di lavori pubblici.

Ad esempio, potrebbe ritenersi violato il principio di non discriminazione nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice, dopo aver dichiarato fattibili più proposte, inviti solo alcuni promotori ad apportarvi modifiche⁸⁴.

Differentemente, pare che laddove una proposta contrasti con l'interesse pubblico o con altri parametri che vincolano l'amministrazione nella valutazione di fattibilità, l'amministrazione aggiudicatrice debba essere libera di dichiararne la non fattibilità, senza che per ciò la valutazione compiuta venga ritenuta illegittima sotto il profilo della violazione del principio di parità di trattamento⁸⁵.

A fortiori, si ritiene che la valutazione negativa dell'amministrazione debba essere considerata immune da contestazioni relative al mancato esperimento della facoltà di richiedere modifiche al promotore, laddove vi sia solamente una proposta presentata. Sul punto, si è pronunciato il Tar Lazio, Roma, sez. I. Con sentenza 11 maggio 2017, n. 5702, i giudici capitolini hanno annullato il provvedimento che dichiarava una proposta non fattibile in base a sei distinti ragioni tecniche, per non aver l'amministrazione ammesso il RTI proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione, motivando come segue: "l'Amministrazione non può giustificarsi sostenendo che è una sua facoltà sottrarsi al confronto competitivo con la parte proponente solo in virtù della norma che le conferisce un potere ampiamente discrezionale, laddove l'uso di tale discrezionalità trasmodi in una condotta contraddittoria con il comportamento osservato per ben due anni nell'ambito di un procedimento in cui era indubitabile l'interesse per il progetto, ancorché, attesa la sua ampiezza e complessità, bisognoso di notevoli modifiche ed aggiustamenti che solo ove rifiutati, avrebbero legittimato senz'altro la contestata negativa valutazione"⁸⁶. I profili che non convincono del riportato dispositivo sono tre: non si comprende come mai un'amministrazione non possa avvalersi legittimamente di una facoltà di legge; il mancato esperimento di una facoltà non è un irragionevole esercizio del potere discrezionale; alla luce della nuova formulazione della procedura di *project financing*, non è possibile prescindere dalla fattibilità tecnica, economica e giuridica del progetto, facendo valere un vago richiamo all'interesse pubblico della proposta (valutazione che comunque sarebbe rimessa all'amministrazione e non al giudice amministrativo).

Sul punto, è possibile avanzare la seguente conclusione: l'instaurazione di un contraddittorio con il proponente dovrebbe rimanere una facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice, la quale non dovrebbe essere obbligata ad allungare l'istruttoria su una

⁸³ L'art. 30, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 afferma che "L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le amministrazioni aggiudicatrici rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice".

⁸⁴ Tar Liguria, sentenza n. 539/2018, cit.

⁸⁵ In proposito, è stato autorevolmente affermato che "una proposta che non sia accettabile dal punto di vista, per esempio, della funzionalità o dell'impatto urbanistico ed ambientale non potrà comunque procedere oltre nell'iter". C.E. GALLO, *Project e leasing*, cit., 1670. In giurisprudenza, il principio è stato di recente applicato nella sentenza Tar Toscana, sentenza n. 328/2018, cit.

⁸⁶ La motivazione della sentenza citata è riassunta nella seguente massima:

proposta, laddove si sia già determinata nel senso della sua non fattibilità; ove tuttavia più proposte abbiano superato il vaglio del giudizio di fattibilità, il confronto comparativo dovrebbe essere condotto alla luce dei principi richiamati dall'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016, pena la possibile contestazione della legittimità dell'atto di approvazione della proposta.

10. Un'ultima tematica rilevante, nella rassegna delle pronunce giurisprudenziali sul *project financing* di iniziativa privata, è quella relativa alla tutela dell'interesse riposto dal promotore nel caso in cui l'amministrazione, dopo aver dichiarato fattibile e approvato la proposta, determini di non dar seguito alla procedura di gara⁸⁷.

Sono frequenti i casi in cui, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse o per nuova valutazione dell'interesse originario, l'amministrazione revochi i provvedimenti della procedura di finanza di progetto, così frustrando l'interesse del promotore ad addivenire aggiudicatario del contratto di partenariato pubblico privato⁸⁸. In tali casi, anche in vigenza dell'art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016, la giurisprudenza è rimasta salda nel rigettare sia le domande risarcitorie *ex art. 1337 c.c.* sia le richieste di liquidazione dell'indennizzo *ex art. 21-quinquies* della l. n. 241/1990.

Quanto al profilo indennitario, gli argomenti maggiormente ricorrenti sono due: in primo luogo si sostiene l'inapplicabilità alla procedura in esame della disciplina *ex art. 21-quinquies* della l. n. 241/1990, in ragione della specialità della disciplina *ex art. 183, comma 15*, che prevede una possibilità di indennizzo solo a conclusione della gara; in secondo luogo si afferma che l'atto di approvazione della proposta non è "attributivo in maniera definitiva di un vantaggio, ma meramente ed eventualmente prodromico alla indizione di una gara"⁸⁹: non assicurando al promotore alcuna diretta ed immediata utilità, ma solo l'aspettativa a che l'amministrazione dia corso alla procedura di gara, non è ravvisabile il pregiudizio in danno dell'interessato cui è connesso l'indennizzo ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990.

In proposito, si ritiene anzitutto che, come si è già avuto modo di sostenere in punto di sindacabilità delle valutazioni tecniche dell'amministrazione aggiudicatrice, la specialità della procedura di *project financing* a iniziativa privata non esima dal rispetto delle regole generali sull'esercizio dell'attività amministrativa. Fra queste rientra l'obbligo di indennizzo in caso di revoca, laddove l'atto di autotutela abbia prodotto un pregiudizio sui soggetti interessati – regola, questa, che funge da "garanzia di stabilità della decisione originariamente assunta"⁹⁰.

⁸⁷ Si veda la giurisprudenza elencata *supra, sub* nota 11. Per un approfondimento sul punto, si vedano inoltre A. CARAPELLUCCI, *Project financing e legittimo affidamento del proponente*, nota a Tar Toscana, sez. I, 25 novembre 2009, n. 2012, in *Urb. app.*, 2010, 343 e S. BAIONA, *Revoca della dichiarazione di pubblico interesse in ambito di project financing: quale tutela per l'affidamento del privato?*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2011, 839.

⁸⁸ E' interessante altresì il caso deciso dal Tar Lombardia, Milano, sez. IV, con sentenza 9 febbraio 2018, n. 386, ove è stato ritenuto legittimo l'annullamento in autotutela di una procedura di *project financing* a iniziativa privata emanato da un'amministrazione che, dopo aver valutato fattibile e approvato una proposta, si è resa conto, in seguito alla presentazione di un ricorso giurisdizionale di un concorrente, di rilevanti profili di incongruenza della proposta approvata con la normativa vigente, soprattutto sotto il profilo del riparto dei rischi.

⁸⁹ Tar Lazio, Roma, sez. II *bis*, 25 ottobre 2017 n. 10695; Tar Campania, Napoli, sez. I, 04 aprile 2017 n. 1803; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 13 ottobre 2016, n. 23639; Tar Lazio, Latina, 28 febbraio 2013, n. 207.

⁹⁰ In termini si è espresso, con riferimento alla revoca in generale, F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, cit., 21.

Applicando il ragionamento sopra svolto allo specifico caso del *project financing* a iniziativa privata, pare potersi affermare che la previsione *ex art.* 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 di un peculiare indennizzo per il promotore che non divenga aggiudicatario della gara non sia sufficiente per escludere, di per sé, la possibilità di domandare giudizialmente l'indennizzo *ex art.* 21-*quinquies* della l. n. 241/1990, in caso di mancata attivazione della procedura di gara.

Inoltre, in considerazione della particolare onerosità della formulazione di una proposta di *project financing*, ove la revoca sopraggiunga in seguito alla valutazione positiva sulla fattibilità dell'offerta e all'approvazione della proposta, eventualmente a seguito di modifiche richieste dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, sembra difficile escludere che la determinazione di non procedere alla gara determini un pregiudizio in capo al promotore, connesso al danno emergente subito per aver impegnato risorse e tempo nella procedura⁹¹.

Con riferimento, poi, alle questioni risarcitorie, la giurisprudenza maggioritaria afferma che neanche dopo l'approvazione della proposta si costituisca "un distinto, speciale ed autonomo rapporto precontrattuale, interessato dalla responsabilità precontrattuale, che obblighi l'amministrazione a dare comunque corso alla procedura di finanza di progetto"⁹². Ciò in quanto – si afferma – non sussistono gli elementi, propri della responsabilità contrattuale *ex art.* 1337 c.c. della selezione del contraente e delle trattative, in quanto i rapporti tra proponente e pubblica amministrazione sono regolati da una procedura disciplinata per legge. Viene inoltre escluso che sussista un vero e proprio affidamento del proponente nella stipulazione del contratto, considerato che, anche in seguito all'approvazione di una proposta di *project financing*, "la valutazione amministrativa della perdurante attualità dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera continua a essere immanente"⁹³ e, d'altro canto, da parte del proponente vi è "un'assunzione consapevole di rischio a che quanto proposto non venga poi stimato conforme all'interesse pubblico e dunque davvero da realizzare"⁹⁴.

Il citato orientamento è destinato tuttavia a mutare alla luce della recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 maggio 2018, n. 5, che ha riconosciuto pienamente la possibilità che, in una procedura di affidamento di contratti pubblici, si configuri responsabilità precontrattuale connessa a comportamenti contrari alla buona fede tenuti dalla pubblica amministrazione prima della selezione del contraente⁹⁵.

⁹¹ Con riferimento a procedure di gara, il principio è stato di affermato, fra l'altro, da Tar Campania, Napoli, sez. I, 05 giugno 2018, n. 3707; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 09 marzo 2018, n. 515; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599.

⁹² Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 368. Sul punto si veda altresì Tar Veneto, sez. I, 16 febbraio 2018, n. 184, ove si afferma che "l'Amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione, posto che tale scelta costituisce una tipica e prevalente manifestazione di discrezionalità amministrativa nella quale sono implicate ampie valutazioni in ordine all'effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, tali da non potere essere rese coercibili nell'ambito del giudizio di legittimità che si svolge in sede giurisdizionale amministrativa". In termini, si vedano Cons. Stato, III, 20 marzo 2014, n. 1365; cfr. altresì Cons. Stato, III, 4026, 30 luglio 2013; 24 maggio 2013, n. 2838; V, 6 maggio 2013, n. 2418.

⁹³ Tar Veneto, sentenza n. 184/2018, cit.

⁹⁴ *Ibidem*. In termini, cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365.

⁹⁵ Per un primo commento alla citata sentenza, si veda G. COMPORI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. It.*, 2018, 1983. Per un approfondimento sul

Nella richiamata sentenza, il supremo consesso amministrativo ha chiarito che “l’amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (...) ma anche le norme generali dell’ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull’interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell’altrui scorrettezza”.

In questa prospettiva, si può dunque configurare, nell’ambito di una procedura di affidamento di contratti pubblici, un danno da comportamento anche prima della selezione del contraente. Non rilevano, al fine dell’individuazione della responsabilità precontrattuale nelle procedure di evidenza pubblica, né l’assenza delle ‘trattative’, né l’assenza di un vero e proprio affidamento sulla stipulazione del contratto: “ciò che il dovere di correttezza mira a tutelare non è, infatti, la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale”⁹⁶.

Alla luce di tale apertura giurisprudenziale, risulta possibile configurare, anche nella procedura di *project financing* a iniziativa privata, la responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337 c.c. per comportamenti contrari ai doveri di correttezza e buona fede che l’amministrazione aggiudicatrice ponga in essere prima della stipulazione del contratto di partenariato, laddove ne sussistano i presupposti⁹⁷.

In proposito, risulta particolarmente interessante una recente pronuncia della sezione quinta del Consiglio di Stato, ove è stata affermata la responsabilità precontrattuale di un’amministrazione comunale che aveva disposto di non procedere all’aggiudicazione definitiva della procedura di *project financing* celebrata per la realizzazione di una caserma per l’Arma dei Carabinieri, per la sopravvenuta decisione della Legione Carabinieri regionale di non elevare al rango di tenenza la stazione in questione. È stato qui ritenuto scorretto il comportamento dell’amministrazione aggiudicatrice, che ha svolto la procedura in un ampio arco temporale, pur nella consapevolezza della possibilità che non avrebbe potuto portarlo a

tema, risultano imprescindibili, per un corretto inquadramento della questione, i contributi di M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell’amministrazione pubblica*, in *Raccolta Jemolo*, II, 1963, 263; G. STOLFI, *Sulla culpa in contrahendo dell’amministrazione pubblica*, in *Riv. dir. comm.* 1975, 22; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F. BUSNELLI (a cura di), *Fatti e atti giuridici*, Padova, 1986 e, più di recente, F. TRIMARCHI BANFI, *L’aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell’amministrazione*, in *Questa Rivista*, 2015, 1; C.E. GALLO, *La lesione dell’affidamento sull’attività della pubblica amministrazione*, in *Questa Rivista*, 2016, 564; F. MANGANARO, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell’affidamento*, in *Dir. amm.*, 2016, 93; S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017, 861.

⁹⁶ Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

⁹⁷ Come chiarito nella pronuncia appena citata, “Affinché nasca la responsabilità dell’amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l’esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l’affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall’indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all’amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all’amministrazione”.

conclusione, senza dare di ciò contezza al soggetto promotore e affermato il principio per cui “i doveri di buona fede e correttezza, sanciti dall’art. 1337 cod. civ., si traducono in primo luogo nell’obbligo di fornire al partecipante alla gara, in modo tempestivo, tutte le informazioni necessarie a salvaguardare la sua posizione, onde evitare che possa consolidarsi un qualsivoglia affidamento nella conclusione, al contrario incerta, del relativo procedimento”⁹⁸.

Si conferma dunque la possibilità di prefigurare una responsabilità precontrattuale per colpa *in contrahendo* nell’ambito della procedura di *project financing* a iniziativa privata, che dà titolo al promotore leso dal comportamento scorretto dell’amministrazione di richiedere giudizialmente il risarcimento dei danni connessi all’interesse negativo (ovvero a non intraprendere trattative inutili e dispendiose) e quantificabili nella “perdita derivata dalle spese inutilmente sostenute e dalle perdite sofferte per non avere usufruito di ulteriori occasioni (c.d. *chance* contrattuale alternativa)”⁹⁹.

11. L’effettuata disamina ha messo in luce alcuni profili critici connessi alla tutela giurisdizionale nel *project financing* a iniziativa privata. Le problematiche poste dalla nuova disciplina della procedura *ex art.* 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 non sempre sono state adeguatamente approfondite dalla magistratura amministrativa, che rimane fortemente ancorata agli assunti sviluppati in vigenza del d.lgs. n. 163/2006.

Le pronunce esaminate dimostrano, altresì, la presenza di orientamenti fortemente contrastanti su alcuni nodi interpretativi fondamentali, il che inficia la certa applicazione della procedura e l’efficacia dello strumento.

Talvolta tali incertezze sono causati da scelte terminologiche infelici del legislatore del d.lgs. n. 50/2016, come nel caso della perentorietà del termine di valutazione della proposta. Talaltra le difficoltà sono connesse a profili prettamente processuali, come si è visto con riferimento all’impugnabilità della dichiarazione di fattibilità.

In ogni caso, si ritiene che il sistema segnato dal d.lgs. n. 50/2016 compia importanti passi in avanti rispetto alla disciplina previgente, avendo imposto alle amministrazioni aggiudicatrici di compiere un’approfondita istruttoria *ex ante* sulla fattibilità tecnica, economica e giuridica delle proposte presentate. Ciò è apprezzabile in primo luogo perché porta a evitare che le amministrazioni si vincolino in contratti di partenariato pubblico-privato i cui risvolti economico-giuridici non sono stati sufficientemente approfonditi; in secondo luogo, perché la previsione di un’ulteriore fase procedimentale, scandita da termini certi, amplia gli strumenti di tutela a disposizione dei soggetti coinvolti nella procedura del *project financing* a iniziativa privata, con riferimento sia alla reazione processuale all’inerzia amministrativa, sia alla possibilità di individuare profili tecnici, formali e procedurali sindacabili di fronte al giudice amministrativo.

⁹⁸ Cons. Stato, sez. V, n. 3025/2018, cit.

⁹⁹ *Ibidem*. In termini, cfr. Cons. stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6. Sottolinea la sentenza del Cons. st., sez. V, n. 3025/2018 come, in caso di proposizione di domande sia risarcitorie sia indennitarie connesse al medesimo atto di autotutela, il danno emergente eventualmente dovuto in caso di riconoscimento dell’indennizzo *ex art.* 21-*quinquies* l. n. 241/1990 “sarebbe dovuto anche a titolo di responsabilità precontrattuale, non ponendosi dunque la necessità di valutare la compatibilità del cumulo tra indennizzo e responsabilità precontrattuale.

In ragione di ciò, si può guardare con fiducia alla possibilità di un incremento di forme di collaborazione fra pubblico e privato, basate su istruttorie oculate e su procedure condotte nel rispetto dei canoni ordinari dell'azione amministrativa, fra i quali rientrano – come affermato con forza da alcune recenti pronunce giurisprudenziali – il principio di *par condicio* e il rispetto delle regole di correttezza e buona fede *ex art. 1337 c.c.*

EDUARDO PARISI

ABSTRACT: Il contributo approfondisce le conseguenze processuali della nuova articolazione della procedura di *project financing* a iniziativa privata ex art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016, soffermandosi, in particolare, sugli strumenti processuali attivabili in caso di inerzia, sull'impugnabilità della dichiarazione di fattibilità, sull'ampiezza del sindacato del giudice amministrativo e sulla possibilità di proporre domande indennitarie e risarcitorie in caso di mancata celebrazione della procedura di gara.

PAROLE CHIAVE: *project financing* – dichiarazione di fattibilità – promotore – sindacato – perentorietà – impugnabilità – autotutela – responsabilità precontrattuale

ABSTRACT: The article deals with the procedural consequence of the new project financing discipline pursuant to art. 183.15 of the legislative decree n. 50/2016. The most noteworthy aspects considered are the possibility to challenge late evaluations on the feasibility of the projects, the extent of the judicial review on the approval of private proposal and the possibility to request compensation for pre-contractual liability, in case of public tender's withdrawal.

KEY WORDS: *project financing* – feasibility study – promoter – judicial review – pre-contractual liability